

规 则 与 方 法

——欧美国国际私法立法政策的比较及其对我国的启示

徐 崇 利

(厦门大学法学院教授、博士 福建 厦门 361005)

摘要:欧洲传统国际私法与美国现代冲突法在立法政策上的差异,主要源于二者对法律冲突的性质以及解决法律冲突所要实现目标的分歧。晚近,两大国际私法体系在可能的限度内兼容对方的立法政策,推动了整个国际私法立法的合理化进程。我国国际私法以传统的冲突规则为主体,在有限的范围内吸纳了美国现代冲突法的理论和方法,这种立法政策的基本取向是正确的,但在今后立法中仍需拓宽最密切联系原则和选择性冲突规则的适用范围。

关键词:国际私法 立法政策 比较研究 最密切联系原则 选择性冲突规则

当代国际私法大致可分为两大体系:欧洲传统国际私法和美国现代冲突法。前者主要由解决法律冲突的各种硬性“规则”(rules)构成,后者则表现为法官用以选择法律的灵活“方法”(approaches)。二者的根本差异源于其立法政策的不同。晚近,两大国际私法体系在保持各自特色的前提下,在一定程度上开始趋向互补,兼容对方的立法政策,推动了整个国际私法立法的合理化进程。我国国际私法在形式上属于欧洲传统国际私法,同时适当地借鉴了美国现代冲突法理论,立法政策的基本取向是正确的,但在一些具体方面仍有待完善。

一、欧洲传统国际私法与美国现代冲突法的沿革

国际私法发端于 11 世纪初的地中海沿岸。尽管欧洲早期学说中就有美国现代冲突法理论的萌芽,但各发展时期占主导地位的学说都主张国际私法主要由各种冲突规则构成,如“法则区别说”、“意思自治说”、“国际礼让说”、“法律关系本座说”等等。19 世纪 30 年代,美国大法官斯托雷以荷兰学者胡伯的“国际礼让说”为基础,创立了比较完整的英美传统冲突法体系。之后,英国的戴赛又提出了“既得权说”。20 世纪初,美国的比尔借鉴戴赛的观点,对斯托雷的学说进行了修改,进一步完善了“既得权”理论。1934 年以比尔为主报告人,美国法学会出版了《冲突法重述(第一版)》(以下简称《重述(第一版)》)。该《重述(第一版)》成为美国传统冲突规则的集大成者。欧洲传统国际私法和英美传统冲突法,无论它们赖以形成的学说是否相同,均表现为具有固定空间连结点各种冲突规则,被称为“空间定向”(spatially oriented)规则。

20 世纪 30 年代,美国一批现实主义法学派学者开始对传统国际私法发难。20 世纪 60 年代之后,美国各种现代冲突法学说竞相登场。这些学说猛烈抨击传统冲突法纯粹由一些“机

械”、“僵硬”的规则构成,通过固定的空间连结点“盲目”地选择法律,罔顾实体法所体现的公共利益和社会政策,因而不可能求得个案的公正解决。学者们主张应推倒以《重述(第一版)》为代表的传统冲突法体系,代之以灵活的法律选择“方法”。

美国现代冲突法学说层出不穷,总体而言是一种“政策定向”(policy-oriented)的方法,但具体取向又各有不同。其大致可划分为两类:一类学说主张法律是所属州公共利益的体现,法律冲突的解决是如何实现各州公共利益的问题,最典型的代表有柯里的“政府利益分析说”(governmental interest analysis)及巴克斯特的“比较损害说”(comparative impairment)等;另一类学说倾向主张法律冲突的解决应以求得个案的公正为目标,最具代表性的有勒弗拉尔的“较好法说”(better law)和卡弗斯的“优先适用原则说”(principles of preference)等。两类学说不能混淆。柯里曾说,法官不能超越立法者,妄自断定内外州法律的优劣,而只能就本州法律的效力作出判定。这一论断意指柯氏的“政府利益分析说”与卡弗斯的“结果选择”理论不同。依柯氏学说,只要法院对纠纷具有政府利益,哪怕法院地法不是最好的法律,以致不能公平解决纠纷,也得适用。从司法实践来看,在某些场合,两类学说的确存在着共同之处,因为有时实现法律上的公共利益(如对消费者、受雇人、残疾人等“弱者”的保护)与个案的公平解决是一致的。但在其他一些场合,公共利益的实现不一定就会给当事人带来公平的结果。例如,追求过时的法律(如限制妇女行为能力的法律)所体现的公共利益与求得个案的公平解决就不可能相吻合。当然,有些美国现代冲突法学说把实现公共利益和求得个案在实体法上的公正均作为解决法律冲突的基本政策。其中,有的学说对二者之一有所侧重,如勒弗拉尔的“较好法说”只把公共利益的实现作为决定法律选择的一项较为次要的考虑因素,而以适用较好的法律规则公平地解决纠纷为要义;有的学说则对两项目标未分主次,如冯·梅伦和丘特曼的“功能分析说”(functional analysis)等。正因为对立法政策的具体取向不同,以致形成了各种流派的美国现代冲突法学说;即使立法政策的取向基本一致,但因采用的定向方法有别,也会造成同一流派的不同学说,如柯里的“政府利益分析说”和巴克斯特的“比较损害说”;即使是同一学说,因法官所作解释或改进的程度不同,也会形成不同的版本。

二、欧洲传统国际私法与美国现代冲突法立法政策的差异

欧洲传统国际私法与美国现代冲突法在立法政策上的差异,主要源自它们对法律冲突的性质以及解决法律冲突所要实现目标的分歧,并由此派生出两大国际私法体系对内外国法律的地位的不同态度。

(一)私法管辖范围的划分与公共利益的分析

对于法律冲突的性质,欧洲传统国际私法均视其为内外国私法在管辖范围上的冲突;相应地,通过冲突规则解决法律冲突,实际上就是分配内外国私法管辖范围的过程。因此,传统冲突规则又被称为“管辖选择”(jurisdiction-selecting)规则。欧洲传统国际私法立法都是针对各种法律关系的不同特点来决定相关私法管辖范围的划分,从而形成冲突规则的体系,在立法形式上,往往以专门法规或法典专章的面目出现。这与其占主导地位的立法理论密切相关:作为近现代欧陆国家国际私法立法主要学说依据的萨维尼的“法律关系本座说”主张,每种法律关系都有其“本座”,支配该“本座”所在空间的法律就是相应法律关系的准据法。20世纪前叶,比尔的“既得权说”成为美国最有影响的冲突法理论。该说认为,跨国(州)民事纠纷实际上是当事人之间的权利(或义务)之争,而当事人的民事权利并不是与生俱来的,而是法律“赋予”

的。倘若如此,法律又是如何赋予当事人权利的呢?对此,比尔解释称,只有当特定事件发生后,当事人始得法律上的权利。于是,这些特定事件发生在哪里,哪里的法律就应成为解决当事人之间纠纷的准据法,即当事人依该特定事件发生地法而产生的既得权利,其他国家应予承认。由于这些特定事件表现为住所的取得、合同的缔结和履行、侵权行为的发生、婚姻的登记、人的死亡等等,因此以它们作为连结结点而形成的美国传统冲突法与欧洲传统国际私法同出一辙,均为系统的固定冲突规则。于是,以比尔的“既得权说”为根据起草的《重述(第一版)》形同欧陆国家的国际私法法典。

美国现代冲突法学说认为,传统冲突规则是在立法管辖权分配的层面上解决法律冲突,漠视可能被选用的实体法所包含的公共利益,因而是一种“盲目”的法律选择方式。这些学说进而主张,法律冲突的实质并非内外国(州)私法管辖范围的冲突,而是可能被选用的各实体法所体现的公共利益的冲突。法律冲突的解决应当立足于对内外国(州)所包含的实体法公共政策的分析、比较和定向。其结果,公共利益的实现,就由传统国际私法中的“预备役”角色(即作为事后公共秩序保留的手段)转变为“主力军”,被直接送上法律选择的“前线”。美国各种冲突法学说作为一种“政策定向”的方法,其分析对象理论上是所有的实体法律规则,而不考虑法律关系的类别,因此,它们是统一适用于解决各类法律冲突的普遍方法。但在司法实践中,这些方法的实际适用范围往往仅限于侵权和合同纠纷。至于婚姻、继承、收养等家庭法律关系的法律选择,传统的冲突规则仍占统治地位。

柯里是美国最早采用公共利益分析方法的学者,且把“政府利益分析”奉为选择法律的唯一方法。不少美国冲突法学者秉承了柯里的学说,只不过对分析公共利益的具体方法加以改进而已。例如,柯氏认为,法官不宜一般性地对发生法律冲突各州的政府利益的大小作出政治性的判别,而应突出法院地的政府利益;只有强调法院地利益大于其他州的利益,方为妥当。“政府利益分析说”的另一重要代表人物巴克斯特的“比较损害说”则反对柯氏不对各州政府利益大小作出评判的论断,主张应采用比较各州政府利益损害大小的反向分析法来选择法律,即适用假如其法律得不到适用将给其造成较大利益损失的那一州的法律。继柯里之后,美国各个现代冲突法学派虽然都提出了各自不同的法律选择方法,但其中仍含有柯里首倡的公共利益分析的要素,如勒弗拉尔的“较好法说”、里斯的“最重要联系说”(the most significant relationship)等等。

(二)冲突法上公正的实现与实体法上公平的求得

欧洲传统国际私法采用硬性冲突规则的形式,有利于实现“冲突法上的公正”(conflicts justice),其具体涵义主要是指:(1)法律选择的稳定性,即传统国际私法通过固定空间连结点的指引,就各类法律关系寻找得到的一般都是特定的准据法,简言之,依传统冲突规则所选择的法律通常是确定的;(2)法律选择的连续性,指欧洲传统国际私法一经立法,通常少有修改,即使有修改,幅度往往也不大,同样的法律关系一般不会因历史时期有异而在法律适用上有很大的变化;(3)法律选择的相似性,指采用传统冲突规则的各国国际私法立法虽有差异,但仍存在许多可“求同”之处,这就为近代以来国际私法统一化运动的开展奠定了基础。无疑,法律选择的稳定性、连续性和相似性有助于实现法律选择的一致性和可预见性,从而减少“选购法院”(Forum Shopping)等现象的发生和保护当事人的正当期望。对于欧洲传统国际私法来说,将解决法律冲突视为对私法管辖范围的划分,与实现“冲突法上的公正”是一致的,因为通过固定空间连结点的指引,必然带来法律选择相当程度上的稳定性、可预见性和一致性,并有利于保

证内外国法律的平等适用;另一方面,欧洲传统国际私法既然认定私法用以解决私人与私人之间的纠纷,一般不涉及公共利益和社会政策,因而也就无需寻找什么实体法上的公正,而只需在冲突法层面上合理地选择内外国私法,达到法律适用上的公平即可。

美国现代冲突法学者抨击欧洲传统国际私法的论点之一恰恰是只重“冲突法上的公正”,忽视纠纷在实体法上的公平解决,并揭示,为了求得纠纷解决的理想结果,欧洲国家法院有时只得操纵识别、反致与转致、先决问题以及公共秩序保留等制度,纯粹以此为“玩偶”,或不惜玩弄“概念游戏”,回避冲突规则项下原本应予选择的准据法,改取自己意欲适用的法律,从而造成对这些冲突法制度的滥用。因此,美国现代冲突法学说主张法律冲突的解决应以求得纠纷在实体法上的公平解决为主旨。早在20世纪30年代,卡弗斯就展开了对传统冲突规则选择法律“盲目性”的批判,并在此基础上提出了自己的学说,认为法院应对发生冲突的各实体法的适用结果,从实现对当事人公正或从对社会政策进行广泛考虑的角度进行分析,选择其中能使案件较公平解决的法律。卡氏学说被认为是一种“结果选择”的方法,虽只为美国少数判例所采纳,但他创立了美国现代冲突法理论中的一大流派。与卡弗斯的理论一脉相承,勒弗拉尔的“较好法说”同样把“适用较好的法律规则”作为影响法律选择的一项最重要的考虑因素,即在各相互冲突的法律中,应着重选择能适应当时社会经济发展需要的法律规则,以求得“个案的公正”(justice in the individual case)。根据里斯的“最重要联系说”,美国法学会于1971年以里氏为主报告人发表了《冲突法重述(第二版)》(以下简称《重述(第二版)》),也将实现实体法上的公正作为法律选择的基本政策之一。该重述第6条所列决定“最重要联系”法律的7要素之一就是“对正当期望的保护”,其中包括对实现“实质公正”(material justice)的考虑。^⑪

需要指出的是,美国各种现代冲突法学说的具体立法政策取向虽互有差异,但它们运用于司法实践,在某些方面仍会出现殊途同归的效果。详言之,无论采用何种公共利益分析的方法,法官都可能得出法院地公共利益重于外州(国)公共利益的结论;同样,就实体法上公正的实现,法官也容易倾向认定适用法院地法较之适用外州(国)法更能求得纠纷的公平解决。因此,许多美国现代冲突法学说都有不同程度的“恋家情结”,即扩大法院地法的适用,以致有损于内外国法律的平等地位。美国学者布鲁歇斯对802个侵权案件的调查研究表明,美国各州法院对《重述(第二版)》、利益分析、较好法和纽约州的混合法等方法的运用,在优先适用法院地法、优先适用主张给予赔偿州的法律及优先适用有利于本州当事人的那一州的法律等方面,存在相当的一致性。^⑫

从欧洲传统冲突规则和美国现代法律选择方法的适用范围来看,欧洲传统冲突规则只是决定某一种“特定”法律关系法律适用的规则,但其又“统一”适用于该法律关系项下的所有案件;而美国现代法律选择方法“普遍”适用于各种涉外民事关系法律冲突的解决,但其又必须以“逐案”(case by case)的方式决定案件到底应如何适用法律。不难发现,两大法系之间“规则”和“方法”在适用范围上的上述差异,是由其不同的立法政策决定的。二者采用不同的立法政策并非偶然,而是由特定的法律制度乃至社会文化传统决定的。欧洲文化向以保守为主,比较注重理性和秩序;美国文化的现实主义色彩浓厚,强调创新,追求个体的自由、公正。这就为欧洲国家因循传统的冲突规则而美国采用现代灵活的法律选择方法提供了社会文化背景。^⑬欧洲大陆国家多为单一制国家,且采取比较严格的移民政策,因而法律冲突相对较少,其形式一般只限于“国际”法律冲突;相反,美国既是联邦制国家,又是移民国家,法律冲突尤其是州际法律冲突复杂多样,从而成为各种现代冲突法学说产生和演练的“沃土”。在法律制度方面,首

先,与欧洲国家不同,美国历来不太重视公法和私法的划分,因此美国现代冲突法学者很容易跳出把法律冲突界定为“私法”管辖范围冲突的传统理念,把公共利益分析和结果选择等方法全面带入解决民商事法律冲突的领地;而且在侵权等领域,美国各州的立法政策不一,也为广泛实行“政策定向”的方法提供了可能。其次,美国联邦宪法中有“最低诚信原则”条款和“正当程序原则”条款。只要不违反该两项条款,就州际法律冲突,一州法院采用现代灵活方法选择法律,哪怕实行法院地法优先主义等,其他州法院也得予以承认;对于“国际”法律冲突,如果欧洲国家不依冲突规则,而是采用“政策定向”方法选择法律,再加上扩大法院地法适用的倾向,就很难得到其他国家的认同。第三,美国属于判例法国家,法官有权对法律所反映的公共利益和社会政策等作出解释,此乃“政策定向”法律选择方法得以展开的前提;而欧洲大陆国家是成文法国家,法官只能依法定的冲突规则选择法律,无权以立法者的身分对实体法的立法政策妄加界定和评判。第四,从技术层面看,美国绝大多数州采用普通法,法律制度相似,加上实行统一的法学教育制度,信息资料查询方便,法官在采用“政策定向”方法选择法律时容易获得所需的外州判例及法规,也不难对这些立法所反映的公共利益和社会政策作出分析;对欧洲国家来说,“国际”法律冲突涉及多个国家、多种语言、多种文化、多种法律制度,要求法官熟悉诸多其他国家的立法和立法政策,并在此基础上以灵活的方法选择法律,是不现实的。由于这些特殊背景的存在,指望美国重新回到传统冲突规则占统治地位的时代,或等待有朝一日欧洲传统国际私法完全实现与美国现代冲突法的趋同,都将无从谈起。

三、欧洲传统国际私法与美国现代冲突法立法政策的兼容

欧洲传统国际私法和美国现代冲突法的立法政策虽然对立,但均从不同层面揭示了所作法律选择的合理性。有鉴于此,偏向立法政策任何一端所形成的国际私法必然失之偏颇,这就要求两大国际私法体系在可能的限度内兼容对立的立法政策,求得各自立法的优化。

(一) 欧洲传统国际私法中“政策定向”方法的渗入

首先,随着私法公法化趋势的出现,欧洲传统国际私法开始借鉴美国现代冲突法中公共利益分析的方法,主要表现在以下两个方面:

1. 发展了强制性法律规则的适用制度。欧洲传统国际私法虽然把法律冲突界定为私法管辖范围的冲突,但不可能完全回避公共利益的实现问题。对此,欧洲国家传统上采用公共秩序保留制度。公共秩序保留方法有二:一种是消极性公共秩序保留,指外国法的适用不得违背内国公共秩序,否则,内国将不予适用;相对于这种直接限制外国法适用的做法,另一种积极性公共秩序保留则指内国的某些法律(强制性法律规则)因体现了强烈的公共政策而具有强行效力,本身可以直接适用,从而间接地排除了相关领域外国法适用的可能性。^④对于外国公共秩序,欧洲传统国际私法一向不认为内国有予遵行的义务;就外国强制性法律规则,则往往认定其带有“公法”的属性,内国有权拒绝适用,因为“公法”具有属地性,其效力仅及于本国域内。

晚近,欧洲传统国际私法中强制性法律规则的适用制度得到了进一步发展。一方面,强制性法律规则适用制度中“公共利益分析”方法的成分更加明显。这些强制性法律规则往往根据自身的立法目的和政策明示或暗示地规定自己的适用范围,它们作为法院地法,可不经普通冲突规则的指引直接适用于涉外民事关系。基于这些特点,强制性法律规则又称“直接适用的法律规则”、“必须适用的法律规则”和“自我定界的法律规则”、“本地化的法律规则”等等。^⑤如1995年《意大利改革国际私法立法》第17条(强制性规则)规定:“以下法律选择,不管是否指

向外国法,不得妨碍意大利法律规则因其目标和目的而应得到适用。’《瑞士联邦国际私法》第18条、原联邦德国《关于改革国际私法的立法》第34条以及欧洲共同体《关于合同性债务法律适用公约》(《罗马公约》)第7条第2款、《国际货物买卖合同法律适用公约》(《海牙公约》)第17条,亦属这样的立法例。有关强制性法律规则适用的此类规定,与柯里的“政府利益分析”方法类似。另一方面,欧洲国际私法打破了带有“公法”属性的外国法律不能适用的传统戒律,逐步认同以公共利益分析等方法决定外国强制性法律规则的适用,即使该外国强制性法律规则不属于准据法,亦是如此。^⑩如1989年《瑞士联邦国际私法》第19条规定:“a. 依瑞士法律观念为合理且明显占优势的利益要求考虑本法所指定的法律以外的另一法律的强制性规定时,如果所涉及的情况与该另一法律有密切的联系,得考虑其强制性规定。b. 为决定前款所称的外国法的强制性规定是否应予考虑,应考虑其所要达到的目的及其适用对于作出依瑞士法律观念为适当的判决所可能产生的后果。’《罗马公约》第7条第1款作了类似的规定。

2. 引入了从属性冲突规则。欧洲国际私法吸收了一些基于美国现代公共利益分析方法形成的较定型的冲突规则。通常的情形是,对于某一领域的法律冲突,首先确立普遍适用的一般性的传统冲突规则,接着规定作为例外情形的“从属条款”(subsidiary clause),用以保证具有明显公共利益国家法律的适用。此类立法模式常见于侵权领域。对于侵权纠纷,欧洲许多国家采用侵权行为地法的传统冲突规则,与此同时,“从属条款”往往又规定,侵权行为人和受害人双方国籍相同或在同一国家有住所,应适用该同一国籍国的法律或同一住所地国的法律。^⑪

其次,为了减少依传统冲突规则选择法律所带来的“盲目性”,增加实现实体法上公正的机会,欧洲国际私法普遍地对传统冲突规则进行了“软化”处理。第一,广泛承认意思自治原则,允许当事人选择适用他们认为最好的法律。第二,引入最密切联系原则及自体法理论等灵活的法律选择方法,具体情形有二:一是直接适用,在合同领域,一些国家(如英国、法国、荷兰和丹麦等国)的国际私法规定,在当事人没有选择法律的情况下,法院将直接采用自体法理论或最密切联系原则等决定法律适用;二是预备适用,对于合同纠纷,一些国家(如德国)的国际私法及某些国际公约(如《罗马公约》和《海牙公约》)首先按照各类合同的“特征履行”规定相应的固定冲突规则,作为对最密切联系原则的硬性推定。但是,如合同与其他国家有更为密切的联系,则应改用该其他国家的法律;就侵权案件,一些国家(如奥地利、葡萄牙、德国等)的国际私法也确立了最密切联系原则对硬性冲突规则的此类矫正功能。^⑫值得注意的是,有的国家已将最密切联系原则作为整个国际私法的立法原则,并将该原则的矫正功能推广至各类法律冲突。例如,1989年《瑞士联邦国际私法》第15条第1款规定:“如从全部情况来看,案件显然与本法指定的法律仅有很松散的联系,而与另一法律却有密切得多的联系,则本法所指定的法律即例外地不予适用。”第三,选择性冲突规则增加。由于此类冲突规则包含两个或两个以上可供选择的连结点,法院可视具体案情,选择适用其中有利于案件公平解决的那一个准据法。最后,为实现某些社会政策的特殊法律选择规则大量出现。最为典型的是,现在各国普遍对消费者、雇员、被扶养人、被收养人、保险受益人、残疾人等实行特殊的法律保护,相应地,许多国家的国际私法立法及国际公约都要求适用对这些“弱者”最为有利的法律。^⑬瑞士、奥地利、德国、意大利等国的国际私法及欧洲共同体的《罗马公约》都有此类特殊的冲突规则。

(二) 美国现代冲突法中“冲突规则”的回归

20世纪80年代之前,相当多数的美国现代冲突法学说主张以灵活的方法解决法律冲突。这些激进的现代冲突法学说虽为各州公共利益的实现和纠纷的公平解决提供了理论上的可能

性,但纯为“方法”的美国现代冲突法学说运用于司法实践往往带有很强的主观性,容易造成法官在选择法律上的擅断,致使实体法上公正的求得大打折扣。与此同时,各种灵活的现代方法都有不同程度的扩大法院地法适用的倾向,以致有损于内外国法的平等地位;其次,美国激进的现代冲突法方法一味追求以“政策定向”解决法律冲突,使得法律选择过于“弹性”,再加上各种方法五花八门,同一种方法又有不同的版本,而且新方法层出不穷,法律选择的稳定性、连续性、统一性及可预见性几近荡然无存。此外,这些方法的运用往往需要综合考虑各种因素,分析过程复杂,使得法官不堪重负。

20世纪80年代以来,美国激进的现代冲突法学说忽视“冲突法上的公正”所带来的问题,以及这些方法不断地被美国司法实践所冷落的现实,^⑩引起了不少学者的关注。这些学者在赞同现代法律选择方法的同时,认为不能完全摒弃冲突规则的效用。对于冲突法中“规则”的保留,他们开辟了以下两种途径:

一是将传统冲突规则与现代灵活法律选择方法相结合。在这方面,里斯的“最重要联系说”和《重述(第二版)》最具典型意义。除在少数领域直接适用“最重要联系原则”选择法律之外,就其他各种法律冲突,该重述分别制定了相应的传统冲突规则,作为对“最重要联系原则”的硬性推定。与此同时,针对诸多传统冲突规则的适用,又确定了“最重要联系原则”的矫正功能。^⑪例如,该重述第156条第2款规定,侵权关系“通常”应适用损害发生地州的法律,但如依第6条规定的原则,其他州与案件有“更重要联系”的,则该其他州的法律应予适用。自20世纪80年代以来,该重述受到美国法官青睐的程度有增无减。1993年美国法学会向美国国会推荐了《复合诉讼规程最终建议草案》(以下简称《规程草案》),建议将它制定成法律。该草案第6章专门针对法律选择作了规定,涉及侵权、合同及时效等最主要的法律冲突。《规程草案》和《重述(第二版)》在方法上大体同出一炉,都主张现代灵活法律选择方法与传统硬性冲突规则的结合。第6章提出的法律选择设计,在一定程度上代表了美国冲突法理论晚近发展的一大趋向。^⑫

二是在现代法律选择方法的框架内发展定型的冲突规则。卡弗斯是此类现代冲突规则的始创者。20世纪60年代,卡氏在其“结果选择”理论的基础上,进一步阐发了“优先适用原则说”,主张通过司法实践逐步总结出一套法律适用规则,使那些能“较好”解决纠纷的法律得以适用。20世纪80年代之后,在美国冲突法学界,不断有学者倡导各种现代冲突规则,如克雷默的“政策选择规则说”(policy—selecting rules)和桑德勒的“选择法律的规则说”(rules of choice of law)^⑬等等。

同时,现代冲突规则在美国司法实践中也有了用武之地。从1972年开始,纽约州法院提出并发展了有关侵权行为的现代冲突规则,通称Neumeier规则。其具体内容为:规则一,当乘客与车主居住在同一州,且车辆又在该州登记的,则该州法律应决定车主对乘客应有的审慎标准。规则二,当车主的行为发生在其居住的州,且该州不认为车主应对该行为负有责任的,则该车主不因受害人(乘客)居住州侵权法认为其负有责任而承担责任。相反,当乘客在其居住地州受损害而该州法律准予赔偿的,则除有特殊情形外,已进入该州的车主不得以其本州法律规定作为抗辩。规则三,在其他情形下,乘客和车主居住在不同州,则难有明确的法律适用规则。正常而言,事故发生地州的规则为判决可适用的规则,但如表明不适用该正常可适用的规则将促进相关实体法目的的实现,且不损害多州制度顺利运作或对起诉人(乘客)产生重大不确定后果的,则不在此列。^⑭从美国其他一些州的判例看,Neumeier规则在这些州似已得到了

相当程度的认同,尤其是规则一。^④不过,现代冲突规则与传统冲突规则不同。除了前者以“政策定向”为基础而后者以“管辖分配”为特色这一根本性区别之外,现代冲突规则虽名为规则,但因它们“出身”于灵活的法律选择方法,较之传统冲突规则更富弹性,也更显不稳定性。

四、比较的结论及对我国国际私法立法的借鉴意义

欧洲传统国际私法从地域上划分内外国私法的管辖范围,在形式上必然表现为各种固定的冲突规则,而依冲突规则决定法律适用,亦将有利于冲突法上公正的实现;相反,美国现代冲突法为实现法律的公共利益和公平的社会政策,需以灵活的“方法”选择法律。两大国际私法体系立法政策的对立,根植于各自不同的法律制度乃至社会文化传统。

晚近,随着私法公法化趋势的出现以及法律所体现的社会政策的日益复杂化,欧洲国家不可能全然不顾公共利益的实现和实体法上公正的求得而盲目地依传统固定的冲突规则选择法律,势必需要借鉴美国现代冲突法中“政策定向”的做法。其具体方式为:一是在一定范围内引入灵活的法律选择方法,如在合同及侵权等领域直接采用“最密切联系原则”或“自体法理论”解决法律冲突,或把它们作为矫正传统硬性冲突规则的一种手段;二是将美国现代冲突法理论揉入传统国际私法的相关制度之中,主要表现为强制性法律规则适用制度、选择性冲突规则、从属性冲突规则以及反映特定社会政策的特殊冲突规则的出现与发展。20世纪60~70年代,破除传统冲突规则之后兴起的各种激进的美国现代冲突法学说因法律选择方法过于灵活和散乱,衍生了诸多法律问题。为了增强法律适用的稳定性、一致性和可预见性,现实呼唤冲突规则的回归。冲突规则在美国现代冲突法中的回归途径有二:一是将传统硬性冲突规则与现代灵活法律选择方法相结合;二是将现代灵活的法律冲突解决方法定型化,从中总结出一些比较固定的法律适用规则。然而,冲突规则在美国的此次回归,并不是传统冲突规则“卷土重来”并再次推翻现代法律选择方法,而是冲突规则找到了新的定位,即与现代法律选择方法的融合。无疑,两大国际私法体系在立法政策上的兼容,推动了整个国际私法立法的合理化进程。

两大国际私法体系立法政策比较的结论给我们最大的启示是,对于法律冲突的解决,无论是“规则”还是“方法”,均不得偏废。当然,不同体系的国际私法,对“规则”和“方法”的侧重必然会有所不同。从法律形式上看,我国属于欧洲传统国际私法体系国家。我国现行的国际私法以传统的冲突规则为主体,在有限的范围内也吸纳了相关的美国现代冲突法理论和方法。应该说,我国国际私法立法政策的基本取向是正确的,但在借鉴美国现代冲突法立法政策的某些方面,力度仍嫌不够。

首先,我国国际私法立法应进一步强化对传统冲突规则的“软化”处理,在求得实体法上公正实现的前提下,维护我方当事人的合法利益。在这方面,我国除了已规定当事人意思自治原则和保护“弱者”的特殊冲突规则之外,^⑤还引入了最密切联系原则,并采用了选择性冲突规则。但在立法层面上,仍需拓宽后两者的适用范围。

目前,在我国国际私法立法及司法解释中,最密切联系原则作为一种现代法律选择方法,已被直接应用于扶养、国籍、住所、营业所等领域法律冲突的解决以及多法域国家准据法的确定。与此同时,在合同领域,我国的司法解释也曾确立了最密切联系原则对传统冲突规则的“矫正功能”。我国法律规定,合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系国家的法律。^⑥最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解释》第二部分第6条第1款曾按照各类合同的“特征履行”规定了相应的具体冲突

规则,作为对最密切联系原则的硬性推定,如保险合同应适用保险人营业所所在地法律等等。接着,该条第2款又以“但书”的形式规定:“但是,合同明显地与另一国家或者地区的法律具有更密切的联系,人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。”为了确保我国涉外民事关系法律适用的合理性和准确性,有必要借鉴1989年《瑞士联邦国际私法》第15条第1款的规定,将具体冲突规则与最密切联系原则的此类结合机制推延至法律冲突的所有领域,适时运用最密切联系原则矫正依现行硬性冲突规则选择法律可能引起的不合理现象。当前,我国国际私法仍属创制和发展阶段,随着时间的推移,现行的硬性冲突规则可能会因不合时宜而暴露出某些欠妥之处,就此扩大最密切联系原则矫正功能的适用范围,尤为必要。

迄今为止,在我国国际私法立法及司法解释中,仅发现一条选择性冲突规则,即“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用”。^{②8}今后,对于同一类涉外民事关系,如在立法时难以在两个或两个以上连结点之间作出取舍,则应尽可能把它们制定成选择性冲突规则,从而给法院留出更大的可自由裁量的空间,以便依个案作出恰当的法律选择。

其次,应更加重视保证公共利益实现的法律选择制度,在坚持内外国法律平等原则的基础上,尽量保证和扩大我国法律对涉外民事关系的适用。在这方面,主要涉及强制性法律规则适用制度和从属性冲突规则的制定问题。

有关强制性规则的适用,直接相关的法律规定为《中华人民共和国合同法》第126条第2款及原《中华人民共和国涉外经济合同法》第5条第2款。该两款均规定,在我国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用我国的法律。这种立法例的根据之一在于,我国的外商投资企业法多为强制性规则,必须予以适用。此外,原《涉外经济合同法》第4条曾规定:“订立合同,必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益。”此条规定将“不得损害我国社会公共利益”和“遵守我国法律”两种情形加以区分,似可理解为:前者旨在确立公共秩序保留制度;后者着意在此之外专门规定我国强制性法律规则的直接适用制度,而不管依该法第5条冲突规则的指引适用于合同的准据法为哪一国法律。然而,作这样的解释易生歧义,更何况原《涉外经济合同法》已被废止。今后,我国国际私法立法应明确规定强制性法律规则适用制度,并不应将之仅限于合同领域。对于外国强制性法律规则的适用问题,我国立法并未涉及。笔者认为,顺应国际私法的发展趋势,有必要借鉴“公共利益分析”等方法灵活决定是否适用外国的强制性法律规则。循此,一方面能够保证我国在这个问题上留权在手;另一方面,假如我国一概拒绝适用外国强制性法律规则,即使作出判决或仲裁裁决,也难以以为外国所承认和执行。

从属性冲突规则可以成为“公共利益分析”等现代法律选择法定型化的产物。在侵权领域,《中华人民共和国民法通则》第146条第1款首先原则上规定,侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律;接着,第2款又引入了两项从属性冲突规则,即:(1)当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或住所地法律;(2)我国法律不认为在域外发生的行为是侵权行为的,不作侵权行为处理。此等从属性冲突规则与美国司法实践依“公共利益分析”等方法得出的普遍结论相同。^{②9}为了实现法律所体现的公共利益以及对当事人的公平,今后,我国国际私法立法应适当地增加一些从属性冲突规则,作为相关的传统冲突规则的补充。

注释:

F·K Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 10 ~ 27, pp. 32 ~ 42.

Lea Brilmayer, Conflict of Laws—Cases and Materials, 4th ed., Little, Brown Company, 1995, p. 260.

②②G·R Shreve, A Conflict of Laws Anthology, Anderson Publishing Co., 1997, p. 3, p. 256.

例如,甲、乙分别为A、B两州居民,素昧平生,相互间本无任何法律关系可言。某日,乙途经A州,被甲驾车不慎撞伤。于是,乙便向甲要求损害赔偿。依比尔的“既得权说”,乙的这项权利是特定事件(损害事故)发生后才享有的,而该事故发生地(侵权行为地)法,即A州的法律,就是赋予乙损害赔偿请求权的准据法。由此,便产生了“侵权关系依侵权行为地法”这一传统冲突规则。

B·Currie, Selected Essays on Conflict of Laws, Duke University Press, 1963, p. 88.

勒弗拉尔的“较好法说”主张的影响法律选择的五点考虑之一是“对法院地政府利益的促进”;而里斯的“最重要联系说”主张的判断一个州与案件有无“最重要联系”的七项原则也包括“法院地的相关政策”、“有利益的其他州的相关政策和它们在决定特定问题上的相关利益”等。

J. P. Trachtman, Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility, Vanderbilt Journal of International Law, Vol. 26, 1994, p. 995.

①①K·G·Siehr, Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions, The American Journal of Comparative Law, Vol. 30, 1982, pp. 63 ~ 65, p. 41.

R·A·Leflar, Conflicts Laws: More on Choice—Influencing Considerations, California Law Review, Vol. 54, 1966, p. 1588.

①②P·J·Brochers, The Choice of Law Revolution, An Empirical Study, Washington and Lee Review, Vol. 49, 1992, pp. 357 ~ 384.

①③①③M·Reimann, Conflict of Laws in Western Europe—A Guide through the Jungle, Transnational Publishers, Inc., 1995, pp. 100 ~ 111, pp. 131 ~ 137.

①④此类立法例最早见于1804年《法国民法典》。该法典第3条第1款规定:“有关警察与公共秩序的法律,对于居住在法国境内的居民均有强制力。”

①⑤有关强制性法律规则的特点,参见A. N. Zhilsov, Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, Netherlands International Law Review, 1995, pp. 88 ~ 94.

①⑥T·G·Guedj, The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law—A Comparative Analysis with Modern American Theories, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, 1991, pp. 670 ~ 675.

①⑦B·Hanotian, The American Conflicts Revolution and European Tort Choice—of—Law Thinking, The American Journal of Comparative Law, Vol. 30, 1982, pp. 89 ~ 92.

①⑧E·Vitta, The Impact in Europe of the American “Conflicts Revolution”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 30, 1982, pp. 11 ~ 12.

①⑨截至1999年底,美国采用“利益分析”、“较好法”两种现代学说方法的州,在侵权和合同领域分别仅为7个和1个。S. C. Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 1999: American Journal of Comparative Law, Vol. 48, 2000, p. 145.

①⑩S·C·Symeonides, W·C·Perdue & A·T·Von Mehren, Conflict of Laws, West Group, 1998, pp. 135 ~ 139.

①⑪L·Kramer, Rethinking Choice of Law, Columbia Law Review, Vol. 90, 1990, pp. 278 ~ 345; P. A. Sedler, Interest Analysis, Party Expectations and Judicial Method in Conflict of Laws Case: Reflections on Cooney v. Osgood Machinery, Inc., Brooklyn Law Review, Vol. 59, 1994, pp. 1323 ~ 1340.

①⑫有关Neumeier规则的适用情况,参见P. Hay & R. B. Ellis, Bridging Gap between Rules and Approaches in Tort Choice of Law in the United States: A Survey of Current Case Law, International Lawyer, Vol. 27, 1993, pp. 371 ~ 383.

①⑬E. F. Scoles & P. Hay, Conflict of Laws, 2nd ed., 1995 Pocket Part, West Publishing Co., 1992, pp. 32 ~ 33.

①⑭如《中华人民共和国民事诉讼法通则》第148条规定:“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”

①⑮参见《中华人民共和国民事诉讼法通则》第145条第2款、《中华人民共和国合同法》第126条第1款。

①⑯最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民事诉讼法通则 若干问题的意见(试行)》第187条。

①⑰P. A. Sedler, Interest Analysis, Party Expectations and Judicial Method in Conflict of Laws Case: Reflections on Cooney v. Osgood Machinery, Inc., Brooklyn Law Review, Vol. 59, 1994, pp. 1323 ~ 1324.

责任编辑 王 慧